

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

San José, 18 de setiembre de 2015

ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD PRESENTADA EN CONTRA DEL DECRETO EJECUTIVO NO. 39210-MP-S

“La Constitución es la ley más alta de un estado y de su pueblo. El que cree tener que proteger al Estado pasando por encima de la Constitución y sus garantías, no protege al Estado, sino que contribuye que el Estado quede cuestionado. Hace daño a la Constitución, hace daño a su estado y hace daño a su pueblo”. Walter Rudolph.

Señores y Señoras

Magistradas y Magistrados

Sala Constitucional

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1. Quienes suscribimos, legisladores de la República, en nuestra condición de diputados y a solicitud de médicos, bioeticistas, microbiólogos, abogados, sacerdotes, ciudadanos y ciudadanas en general, quienes son personas titulares de los intereses difusos y colectivos que abajo se dirán y con fundamento en la Ley de la Jurisdicción Constitucional, Ley no. 7135 del 11

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

de octubre de 1989, procedemos a interponer acción de inconstitucionalidad en contra del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S denominado **“AUTORIZACIÓN PARA LA REALIZACIÓN DE LA TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA DE FECUNDACIÓN IN VITRO Y TRANSFERENCIA EMBRIONARIA”** del 10 de septiembre de 2015, publicado en La Gaceta N° 178 del 11 de setiembre de 2015, por violación al principio de reserva de ley, de autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social (en adelante CCSS), inviolabilidad de la vida humana, que dicho decreto no cumple con las formalidades necesarias en materia reglamentaria, que existe una evidente intromisión de Poderes, ya que el Poder Ejecutivo se apropia de competencias que son propias del Poder Legislativo, que el decreto supra citado violenta el principio de reserva de ley, por ser materia de Derechos Humanos, y en desacato de reiteradas sentencias de la propia Sala entre ellas los votos 3715-2014 y 3550-92, que el decreto publicado violenta Convenios Internacionales suscritos por nuestro país y debidamente ratificados por el Poder Legislativo, que el decreto impugnado no garantiza los derechos fundamentales de los sujetos involucrados en la técnica, principalmente del embrión humano, conforme lo que de seguido se expondrá y con base en los siguientes razones:

LEGITIMACIÓN

La legitimación para interponer la presente gestión se fundamenta en lo siguiente:

- 1. LA ACCION SE INTERPONE A FAVOR DE CONCEBIDO NO NACIDO POR VIOLACIÓN Y/O AMENAZA A SU DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA (Art. 21 CP)**

El canon 21 de la Constitución Política garantiza la inviolabilidad de la vida humana y, dentro de este marco, el numeral 31 del Código Civil, Ley N° 30 del 19

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

de abril de 1885, reputa como nacida a las personas para todo lo que le favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. Desde esta perspectiva, los firmantes interponemos la presente acción a favor de concebido no nacido, sometido a la aplicación de lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, toda vez que, y por las razones que más adelante se expondrán en detalle, las regulaciones contempladas en dicho decreto violentan y amenazan a su derecho fundamental a la vida, derivado de la relación del artículo 21 de la Constitución Política y el canon 31 del Código Civil.

2.- LA ACCION TAMBIÉN SE INTERPONE A FAVOR DE PERSONAS FECUNDADAS IN VITRO POR VIOLACIÓN Y AMENAZA A SU DERECHO FUNDAMENTAL A SABER QUIÉNES SON SUS PADRES (Art. 53 CP)

El precepto 53 de la Constitución Política contempla el derecho fundamental de toda *“a saber quiénes son su padres”*; lo cual se encuentra amparado en el régimen supranacional de los derechos humanos, particularmente en la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reconoce el derecho de los niños *“a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”*, según lo expresa el artículo 7.1 de la Convención. El claro que el uso del plural no permite desnaturalizar el contenido esencial del derecho como un derecho a saber quién es su madre, únicamente. Tal y como lo define la Real Academia Española, la forma en plural es indicativo de *“el padre y la madre”*¹, por lo que la normativa en la materia debe garantizar que las personas que eventualmente pudieran nacer producto de la fecundación in vitro –si es que se llegare a autorizar la técnica-- tengan el derecho a conocer tanto a su madre como a su padre. Como se verá, ello no se garantiza en el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S.

¹ Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 22ª edición. Versión digital: *“9.m.pl. El padre y la madre.”*. <http://lema.rae.es/drae/?val=padres>.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

En virtud de lo anterior, se interpone la presente acción a favor de las personas que nazcan al tenor de las regulaciones del Decreto Ejecutivo que se cuestiona, por cuanto las disposiciones contenidas en dicho decreto amenazan su derecho fundamental a conocer a sus padres (padre y madre) y ser cuidado por ellos.

3.- LA PRESENTE ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD TAMBIÉN SE INTERPONE POR VIOLACIÓN DE INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS

Quienes suscribimos la presente gestión, en nuestra condición de Diputados y a solicitud de miles de personas que nos lo han solicitado, formamos parte del colectivo indeterminado, pero determinable, de asegurados directos e indirectos de la Caja Costarricense de Seguro Social. Nuestro vínculo con la institución se establece desde una doble vía: por un lado, mediante nuestros aportes a la seguridad social, contribuimos con su financiamiento, ya sea como patronos y/o trabajadores, dada la contribución forzosa estipulada en el canon 73 de la Constitución Política y desarrollada por la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, Ley N° 17 del 22 de octubre de 1943. Por otro lado, somos sus usuarios, como asegurados directos, por beneficio familiar o como usuarios en virtud de otras formas de aseguramiento y afiliación, tales como aquellos menores de edad que se encuentran asegurados en virtud de lo dispuesto en la Ley N° 8612 del 1° de noviembre de 2007.

En ese orden, es preciso tener en cuenta que, en el amplio espectro de los intereses, donde en un extremo se tienen los generales y en el otro los individuales, los difusos se colocan en un punto intermedio y, en la medida en que se especifican, se ubican los colectivos y, luego, los corporativos. De esta forma, los intereses difusos, aún pudiendo ser relevantes para un sujeto, trascienden hacia una dimensión supra-individual, extendiéndose a un conjunto más o menos extenso y amorfo de personas, no organizadas formalmente, que pueden ser vinculadas a un bien jurídico tutelado, como punto de referencia objetivo (ambiente natural, salud, patrimonio cultural, Hacienda Pública, etc.) o unidas a partir de una

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

determinada condición subjetiva (por ejemplo una característica física, origen étnico o una necesidad social). Así, se trata de un interés extendido, difundido, dilatado, el cual se propaga o diluye entre los miembros de un conjunto que podría estar o no organizado. Estos intereses –por ser tales– pertenecen a una colectividad; sin embargo, cuando se pueden concretizar en un grupo identificable, se estaría ante los colectivos en sentido estricto o de categoría; o bien serían corporativos, cuando el ligamen ocurre por una relación previa derivada de la pertenencia a un grupo jurídicamente organizado. Asimismo, es claro que los intereses difusos, colectivos y corporativos se vinculan al derecho de acción, como intereses de titularidad indefinida que legitiman para accionar, transformando el derecho de acción en una especie de ‘derecho reaccional’, a fin de que su(s) titular(es) se oponga(n) a la violación originada en actos u omisiones ilegítimas, causados a una globalidad. Por otro lado, téngase presente que por ser difusos o colectivos, estos intereses no dejan de integrar la categoría más amplia de los legítimos.²

En virtud de lo anterior, ostentamos un interés legítimo, difuso y colectivo, en todo lo relacionado con el funcionamiento de la CCSS, su autonomía, las cargas que se le imponen asumir, y el servicio que nos presta como sus asegurados. Tal y como expondrá con detalle más adelante, las actuaciones que se impugnan atentan contra la autonomía de la CCSS, consagrada constitucionalmente, así como se le obliga a brindar un tratamiento para el cual esa Institución ha declarado que requiere de financiamiento, con el fin de no afectar otros servicios que nosotros, como usuarios de esa Institución, recibimos.

Según se explicará en el presente escrito, el decreto que se cuestiona afecta a todos los contribuyentes y usuarios del sistema de seguridad social, entre los

² Sobre este tema puede consultarse, entre otras, las sentencias de la Sala Constitucional, N° 80-I-96 de las 8 horas 30 minutos del 23 de febrero de 1996 y de la Sala Primera, la N° 1321-F-S1-2013 de las 15 horas 5 minutos del 1° de octubre de 2013.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

cuales nos encontramos los firmantes. Por ahora, a los efectos de ilustrar la legitimación con que actuamos, es preciso observar que, al atender la consulta realizada por Presidencia de la República, la Junta Directiva de la CCSS objetó el artículo 14 del proyecto de decreto sometido a consulta e indicó: “[...] *no se está de acuerdo que desde el inicio no se destine fondos para desarrollar tal técnica en la CCSS. [...] [...] toda norma que refiera a utilización de fondos para la aplicación de la técnica FIV debe ser categórica en establecer que desde el inicio de su implementación dentro de la Institución el Estado dotará los recursos económicos que su aplicación demande*”. A pesar de lo indicado por la institución afectada, el precepto en comentario se publicó tal cual fue consultado, sin que se consideraran las observaciones de la CCSS.³

En definitiva, conforme lo ya expuesto y los argumentos que se desarrollarán de seguido, se evidencia que el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S afecta de manera importante nuestros intereses como contribuyentes de la seguridad social y como sus usuarios, en la medida en que la CCSS deba cubrir con nuestros aportes patronales y/o laborales los estipulado en esa norma; o bien se distraigan recursos de atenciones en salud que ya se nos están brindando, con el fin de poner en operación lo previsto por el decreto que se cuestiona. Más aún, hay que considerar que la CCSS hizo ver serias falencias jurídicas, técnicas y científicas del marco regulatorio propuesto por el Poder Ejecutivo, las cuales no fueron tomadas en cuenta, de previo a emitir el decreto impugnado.

Así las cosas, como contribuyentes y como usuarios actuales o potenciales de la CCSS, todos los que suscribimos ostentamos un interés difuso –y en su medida colectivo– que nos legitima para interponer la presente gestión, para que ese honorable Tribunal Constitucional conozca y admita nuestras pretensiones.

³ Al respecto obsérvese las consideraciones que sustentaron lo resuelto por la Junta Directiva de la CCSS, en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de setiembre de 2015, en contraste con el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, publicado en La Gaceta N° 178 del 11 de diciembre de 2015.

**4.- ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD TAMBIÉN SE INTERPONE
DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 75 DE LA
LEY DE JURISDICCION CONSTITUCIONAL**

Sin perjuicio del alegato anterior, en el sentido de que estamos en presencia de intereses difusos y colectivos, también cumplimos con el requisito que señala el párrafo primero del artículo 75 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional, dado que hemos invocado la inconstitucionalidad del DECRETO EJECUTIVO NO. 39210-MP-S en el recurso de amparo que se tramita ante esta misma Sala, bajo el expediente judicial número 15-13699-0007-CO, en virtud de lo cual estamos legitimados para interponer la presente acción.

HECHOS

1. Según lo informó la oficina de Prensa de la Presidencia de la República, el Poder Ejecutivo sometió a consulta el Proyecto de Decreto denominado Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, el día 3 de setiembre de 2015 a la Caja Costarricense de Seguro Social y al Ministerio de Salud, por un plazo de cinco días hábiles.
2. Conviene resaltar que el Presidente omitió consultar públicamente el proyecto mencionado en el hecho anterior, con todos los ciudadanos interesados en presentar su posición al respecto.
3. Mediante oficio no. DP-P-065-2015 del 3 de septiembre de 2015, el señor Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, concedió audiencia a la Caja Costarricense de Seguro Social en torno al proyecto de decreto denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

4. La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015, emitió el criterio institucional respecto del proyecto de decreto que se le había remitido.
5. Ese mismo día, 3 de septiembre del 2015, el señor Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, concedió audiencia al Colegio de Médicos, en torno al proyecto de decreto mencionado.
6. El Colegio de Médicos emitió su criterio institucional con fecha 8 de setiembre, haciendo observaciones de forma pero no de fondo al proyecto que se le había remitido.
7. El Presidente de la República, firmó el decreto No. 39210-MP-S el día 10 de setiembre del 2015, denominado “Autorización para la Realización de la Técnica de Reproducción Asistida de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria.”
8. El viernes 11 de setiembre pasado, fue publicado en el Diario Oficial La Gaceta el Decreto N° 39210-MP-S, “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación in vitro y transferencia embrionaria”.
9. Según el artículo 20 del citado Decreto 39210-MP-S éste rige a partir de su publicación.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

10. El día 15 de setiembre del 2015, presentamos el Recurso de Amparo contra el Decreto No. 39210-MP-S, que se tramita ante esta misma Sala bajo el expediente judicial No. 15-13699-0007-CO

CONSIDERACIONES FÁCTICO JURÍDICAS

La presente acción debe ser declarada con lugar por las siguientes razones:

1. Violación al principio de reserva de ley

El principio de reserva de ley entraña una garantía esencial y fundamental de y para nuestro Estado Social de Derecho.

La reserva de ley es la reserva de lo esencial, de lo que afecta directamente derechos fundamentales para los seres humanos y para la sociedad en general; es un mandato específico que el constituyente le dio al legislador, para que solo éste regule ciertas libertades y derechos en sus aspectos fundamentales, estableciendo con esto, una limitación a la potestad reglamentaria del Presidente de la República.

La regulación del ejercicio de los derechos tales como el derecho a la vida, la dignidad humana y el derecho a la salud- está reservada únicamente al legislador. En reiterada jurisprudencia constitucional se ha considerado que el régimen de los derechos y libertades fundamentales, es materia de reserva de la ley; por esta razón, un tema que incluya derechos tan importantes y esenciales como la vida y la salud de los seres humanos, exige su regulación mediante una ley, no sólo porque se encuentra previsto dentro del sistema de libertad que garantiza el artículo 28 de la Constitución Política, sino que, además, se trata de un principio material que forma parte del régimen democrático, condición que le da un rango intrínsecamente fundamental (ver en este sentido, sentencias número 2002-01764 de las 14:37 horas del 20 de febrero del 2002 y número 2008-017305 de las 14:58

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

horas del 19 de noviembre del 2008, así como el voto 13.605-2009 Sala Constitucional).

El principio de reserva legal no sólo garantiza la libertad frente al resto de los ciudadanos, sino que constituye una garantía de control frente al poder público (ver voto 1635-90 Sala Constitucional), que en el caso de la vida de seres humanos, exige que su regulación, autorización, limitación y control, provenga de la cámara legislativa, que es a quien le corresponde proteger o intervenir los derechos fundamentales del ciudadano.

El derecho a la vida —y su corolario el derecho a la salud— y la dignidad humana son el origen y el fin del ejercicio de los deberes y derechos consagrados en nuestra Carta Magna.

Derechos fundamentales como la libertad personal, la dignidad de la persona, el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho al honor y a la intimidad personal y el derecho a la salud, requieren el respeto al principio de reserva de ley.

En estas materias el legislador no puede establecer ni permitir una habilitación genérica al Presidente de la República ni al gobierno, para que éste reglamente vía decreto, directriz o reglamento los derechos señalados y deslegalizar la materia reservada; no puede el legislador abdicar de sus obligaciones e imperativos constitucionales.

La reserva de ley asegura que la elaboración, debate y aprobación de ciertas materias que regulan derechos y libertades fundamentales sea mediante el procedimiento parlamentario, para garantizar además de lo comentado, el principio de publicidad, el contradictorio o debate del proyecto de ley, reforzando respecto de esas materias la garantía del pluralismo político y el ejercicio del control ciudadano.

Como consecuencia de lo anterior, es claro que el Decreto sobre FIV que ha firmado el gobierno de la República, presenta no solo roces de legalidad sino de constitucionalidad, pues pretende regular derechos fundamentales como la vida,

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

la salud y la dignidad humana; y si bien es cierto que en los considerandos del documento se fundamenta como asidero legal la sentencia número 2007-0446 de las 14:40 horas del 17 de enero de 2007, aduciendo que “... *la Sala Constitucional determinó que el principio de reserva legal no resulta violentado si vía reglamentaria se regula determinada situación que no restrinja o limite los derechos humanos, y siempre que el reglamento se circunscriba a indicar el proceso o los requisitos mínimos para el ejercicio de tales derechos fundamentales, incluso toma relevancia si el reglamento está destinado al cumplimiento de una norma internacional reconocida...*” también lo es, que la misma sentencia dispone: “...*si bien existe una potestad o competencia del Estado para regular las acciones privadas que sí dañen la moral o el orden público, o perjudiquen los derechos iguales o superiores de terceros; no lo es en razón de cualquier tipo de disposición estatal la que puede limitar esas acciones privadas dentro de las excepciones previstas por el artículo 28 constitucional, sino únicamente normativas con rango de ley, excluyéndose así, expresamente los decretos y reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo...*”. (La negrita no está en el original)

Partiendo de lo anterior, la principal causa de invalidez que anularía el Decreto propuesto por el Poder Ejecutivo para regular FIV, nace justamente del carácter reglamentario de esa norma, pues por ser inferior a la ley no podría regular un tema que concierne en todos los aspectos al origen de la vida misma, pues por tratarse de un derecho fundamental su regulación es materia privativa de ley.

Afirmar que el Decreto en cuestión no afecta derechos fundamentales de terceros, sólo por el hecho de que con esa propuesta se pretende satisfacer la necesidad de la pareja o persona que quiera recurrir a la técnica; equivale a desconocer la otra realidad: Nos referimos al derecho fundamental a la vida, la dignidad y la salud, que nace precisamente a favor de la persona concebida a partir de la aplicación de la técnica del FIV.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

En efecto, porque aun y cuando logre provocarse de manera extrauterina, mediante la técnica de fertilización in vitro, es lo cierto que esa vida, aunque incipiente, ya cuenta con derechos y por tanto debe ser objeto de tutela, protección y reconocimiento normativo que el Estado no puede desatender.

Así se deduce de la mera lectura del Libro, Título y Capítulo Primero del Código Civil, referente a la existencia y capacidad jurídica de las personas. El artículo 31 de éste Código reconoce expresamente que: *“(...) la persona física (...) se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento.”*

El citado artículo 31 del Código Civil, es concordante con Artículo 12° del Código de la Niñez y Adolescencia sobre el Derecho a la vida, que literalmente dice: *“La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.”*

En consecuencia, el derecho a la vida y la dignidad humana, no es materia de la que se pueda disponer por simple vía reglamentaria, sino solamente por vía de ley, y con las reservas que sobre la vida, libertades fundamentales y dignidad del ser humano debe contener.

Es la Constitución Política la que reserva al Parlamento -y no al Ejecutivo- su regulación, de modo que no puede un gobernante venir a normarlo, por más que someta previamente a consulta el Decreto en cuestión.

De persistir el Poder Ejecutivo en este vano intento por regular por vía reglamentaria un derecho que el Constituyente reservó al Legislador, obligaría al Poder Legislativo a plantear el respectivo Conflicto de Competencia ante la Jurisdicción Constitucional.

Sobre este particular la Procuraduría General de la República, en relación con el decreto que regulaba la técnica y que fue declarado inconstitucional en el año

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

2000, señaló que estamos en presencia de una regulación reglamentaria en un campo en que intervienen diversos derechos humanos y libertades públicas, y entre ellos aquél sin el cual no es posible hablar de Derechos Fundamentales: **la vida**. Una reglamentación que se dicta, precisamente, para solucionar el vacío legislativo en la materia.

Como es sabido, de acuerdo con dicho principio corresponde al legislador reglamentar el ejercicio de dichos derechos en el ámbito en que la Constitución lo permite. Lo anterior significa una prohibición para que el Poder Ejecutivo, a través del reglamento, de la clase que sea, regule en vía original y primaria el derecho de que se trate. Como señala Jean Morange, la norma que regula la esfera de derechos que nos ocupa debe ser de rango superior: "...simplemente...no se puede "legislar" por circular sobre el derecho de la vida y de la muerte". La infracción al principio de reserva de ley determina, necesariamente, la violación de derechos fundamentales y la posible declaratoria de inconstitucionalidad del Decreto.

En cuanto a la reserva de ley en esta materia, es necesario destacar que, luego de un análisis de la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 28 de noviembre de 2012, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, este honorable Tribunal Constitucional, como máximo órgano contralor de constitucionalidad de nuestro país, dilucidó cualquier duda en cuanto que el cumplimiento de lo estipulado por la Corte Internacional únicamente podría regularse por la vía de una ley formal, válidamente emitida por la Asamblea Legislativa, en ejercicio de sus competencias constitucionales. Así lo expresó de manera contundente en la sentencia N° 2014003715 de las 11 horas 40 minutos del 14 de marzo de 2014:

*"Interpretada la resolución de la Corte en sus justas dimensiones, no es suficiente dejar sin efecto la prohibición, esto es necesario, pero no suficiente, sino que "debe regular" el Estado de Costa Rica esa técnica. **Esta regulación, lógicamente, tiene que ser a través de una ley formal, toda vez que el régimen jurídico de los derechos***

fundamentales está reservado a la Ley, específicamente esta cuestión atañe, a manera de ejemplo, a temas que tienen que ver con: la integridad y vida de la mujer y de los embriones. //

III.- Como es bien conocido, para el ejercicio de un derecho fundamental se requiere de una ley en dos supuestos. El primero, cuando se busca restringir su ejercicio por razones de interés público y todo dentro de las exigencias de una sociedad democrática, tal y como lo establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos, concretamente: el numeral 30 que expresa que las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas. Sobre este numeral, la Corte ha señalado en la Opinión Consultiva 6/86, en la que la República Oriental del Uruguay consulta sobre el alcance de la expresión “leyes” en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, // [...] //. El segundo, cuando se requiere precisar su alcance y límites para hacer posible su ejercicio. **Éste es el caso típico en que nos encontramos, pues hay aspecto que debemos ser normados por el legislador, concretamente: lo relativo a las células reproductivas, a los individuos que surgen de la fecundación, a la prohibición del uso del células reproductivas para la investigación o comercio, etc. //** IV.-

Recapitulando, en la citada sentencia se le impone al Estado de Costa Rica el deber de regular el desarrollo de la FIV, precisamente, para hacer posible la aplicación de esta técnica en nuestro país, NO QUE SE DICTE UNA SENTENCIA DE ESTA SALA NORMANDO ESTA TÉCNICA. **Esa regulación, al estar de por medio derechos fundamentales, necesariamente tiene que ser mediante ley, toda vez que así lo impone el principio de reserva de ley (artículo 28.**

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

constitucional). Así las cosas, mientras la Asamblea Legislativa y el Poder Ejecutivo no emitan y sancionen una ley que regule la materia, no es posible exigir la aplicación de la técnica de la FIV, salvo que se vulnere, ni más ni menos, el numeral 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 28 constitucional y se contradiga la misma sentencia de la Corte; amén de que un acto de esa naturaleza se constituiría en una indebida interferencia de esa Sala en el proceso de ejecución de sentencia que está fiscalizando el Tribunal internacional de derechos humanos y en el proceso de cumplimiento de sentencia que han elegido el Poder Legislativo y Ejecutivo. Si bien este Tribunal no desconoce que la puesta en práctica de la técnica denominada FIV es considerada por la Corte como un derecho, **su ejecución tiene una serie de consecuencias que exige la regulación de esta materia mediante Ley formal**, tal y como se indicó supra. Por tal razón, el recurso de amparo debe ser declarado sin lugar.” (Se agregó el subrayado y resaltado).

Aunado a ello, recuérdese que mediante oficio no. DP-P-065-2015 del 3 de septiembre de 2015, el señor Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, concedió audiencia a la CCSS en torno al decreto denominado “Autorización para la realización de la técnica de reproducción asistida de fecundación *in vitro* y transferencia embrionaria”. Luego de un análisis técnico y jurídico, considerando la normativa nacional e internacional que regula los derechos humanos –una vez analizados los precedentes vinculantes *erga omnes* de la Sala Constitucional a la luz de la misma sentencia de la Corte Interamericana del 28 de noviembre de 2012, en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015– la Junta Directiva de la CCSS, procedió a advertirle al Presidente Solís Rivera que lo normado en ese decreto se trata de materia de reserva de ley:

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

*“[...] desde el punto de vista jurídico, la regulación dada la materia que se trata, así como los derechos fundamentales y humanos comprometidos, entendemos que es materia reservada a la ley y no vía decreto, esto en el contexto del contenido mismo de la sentencia emitida por la CIDH (Corte Interamericana de Derechos Humanos), la cual no cuestionó ni invalidó las resoluciones de la Sala Constitucional relacionadas, en lo tocante a la exigencia de que dicha materia ha de ser regulada por ley y, obviamente, esto analizado en el contexto mismo de esas y otras sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional que se citan en los antecedentes.”*⁴ (Se agregó el subrayado y resaltado)

En efecto, como bien lo advirtió la CCSS, la sentencia de la Corte Interamericana en modo alguno invalidó los artículos 28 y 124 de nuestra Constitución Política y el canon 19 de la Ley General de la Administración Pública, Ley N° 6227 del 2 de mayo de 1978, así como tampoco invalidó las demás normas constitucionales e infra-constitucionales de nuestro país, la jurisprudencia de esa Sala, o la doctrina constitucional costarricense, en las cuales se sustenta el hecho de que la regulación de esta técnica es materia reservada a la ley, en virtud de la afectación de derechos fundamentales que conlleva.

Por otra parte, debe recordarse que, como Presidente y Ministros del ramo, quienes suscribieron el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S se encontraban conminados de actuar conforme con el ordenamiento jurídico patrio, al tenor de la relación derivada de los artículos 11, 28, 140 incisos 3) y 6), 148, 149 inciso 3), y 194 de la Constitución Política, atendiendo al juramento constitucional que procedieron a realizar al asumir el cargo. De ahí que, la

4 Caja Costarricense de Seguro Social. Junta Directiva. Artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

emisión de este decreto no se trata de una mera cuestión de legalidad, sino de hechos que violentan la legalidad constitucional, derivada de nuestra Constitución Política, y por lo tanto amparable ante esa Sala. En ese orden –además de que el citado decreto adolece del grave vicio de constitucionalidad por violación del principio de reserva de ley– la actuación realizada por el Poder Ejecutivo el pasado 10 de septiembre, al emitir el citado decreto a sabiendas de la imposibilidad de hacerlo –dada la normativa existente, la jurisprudencia vinculante de esa Sala Constitucional y el criterio de la CCSS que se lo hizo saber–, violenta los derechos fundamentales de los concebidos todavía no nacidos, de los nacidos fecundados in vitro y de los contribuyentes y usuarios de la CCSS, conforme lo que se ha venido exponiendo.

Con base en las consideraciones expuestas, queda claro que la regulación de la técnica, vía decreto resulta violatoria del principio de reserva de ley.

2. Violación al principio de división de Poderes

El Estado Constitucional moderno se basa en la democracia representativa y se encuentra estructurado conforme al principio de división de poderes. Dicho principio fue ideado para garantizar la libertad y la democracia.

La división de poderes no es otra cosa que la distribución de competencias y potestades entre diversos órganos estatales. En este sentido, cada órgano puede ejercer únicamente aquellas potestades propias de su competencia.

El artículo 124 constitucional, establece la manera en que hacen las leyes, para ello debemos recordar que antes de la existencia de la Sala Constitucional, los Presidentes de turno “gobernaban vía decreto ejecutivo”, violentando frecuentemente el principio de reserva de ley al carecer de un órgano que realizara el control de constitucionalidad.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Posteriormente con la creación de la Sala Constitucional, dicha práctica tuvo contención, al encargarse dicho órgano de controlar los abusos en que incurriere el Poder Ejecutivo.

En relación a lo anterior, debemos indicar que el Estado de Derecho se justifica no por los fines que persigue, sino por la existencia de una estructura dirigida a protegernos contra los abusos y excesos del Poder de los gobernantes de turno, aunque los mismos posean o no, una intención loable.

Según se deriva claramente de lo dispuesto en el artículo 149, inciso 3), de la Constitución Política, no resulta posible para el Poder Ejecutivo, inmiscuirse o suplantar al Poder Legislativo ante el retraso justificado o no, de los asuntos propios del Parlamento. Por ello, resulta improcedente que en materia de derechos fundamentales, específicamente en la discusión del derecho fundamental por antonomasia, es decir, la vida, pueda el Poder Ejecutivo suplantar la voluntad del legislador que no es más que otra cosa que la voluntad del pueblo, pues el mismo actúa en representación de los habitantes que le llevaron a la Asamblea Legislativa.

Es totalmente improcedente que el Poder Ejecutivo gobierne por decreto, ante lo que el Presidente de la República ha denominado un atraso excesivo en la tramitación del proyecto de ley que regula la técnica de la Fertilización In vitro.

Y es que es precisamente el principio de reserva de ley, el que determina que hay ciertas materias que involucran la definición o delimitación de derechos fundamentales y que dichas modificaciones deberán ser aprobadas por el Congreso, con el objeto no sólo de que sean sujetas de la más amplia discusión, sino como un mecanismo de control.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Indica el jurista Rubén Hernández Valle⁵, lo siguiente: *“Recordemos con Kelsen que la democracia no puede ser más que parlamentaria, en el sentido de que el órgano central dentro del Estado debe ser el órgano legislativo. Para ello existen tres razones fundamentales: primero, porque la representación política tiene en el Parlamento, por su composición plural y heterogénea, su expresión más fiel; en segundo lugar, porque el control político del Gobierno sólo puede realizarse en forma permanente y ordinaria en el órgano legislativo y, en tercer lugar, porque sólo a través de los debates parlamentarios pueden alcanzar suficiente legitimación democrática las decisiones del poder público.”*

El párrafo anterior esboza las razones fundamentales, para que la discusión de ciertos asuntos, descansen en el Poder Legislativo, pues es el órgano con la legitimación suficiente para decidir sobre temas de trascendencia nacional como el derecho a la vida y si este debe regularse en mayor o menor medida con relación a otros derechos fundamentales.

Sería impensable que la mora legislativa fuese sustituida por decretos ejecutivos, pues todo el orden lógico de nuestro Estado de Derecho se iría al abismo, la representación de los ciudadanos quedaría reducida a su mínima expresión y nuestro sistema de gobierno se vería desvirtuado.

El avance de la ciencia no es, en sí mismo, un valor absoluto. El legislador debe valorar si los nuevos conocimientos científicos, el modo de adquirirlos y, sobre todo, su aplicación, van o no en detrimento del derecho a la vida u otro derecho fundamental, pues el respecto a la vida y a la misma dignidad humana es una cuestión de principio. Es decir, son pilares esenciales a partir de los cuáles se derivan otros derechos fundamentales.

5 Temas Claves de la Constitución Política

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Desconocer su valor por encima de otros derechos sería una denegatoria de la esencia misma de nuestra idiosincrasia y el Estado de Derecho. La intromisión o sustracción de potestades representa una clara violación al principio de separación de poderes.

3. Violación a la autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social

La Caja Costarricense de Seguro Social encuentra su garantía de existencia en el artículo 73 constitucional, con las siguientes particularidades:

a) el sistema que le da soporte es el de la **solidaridad**, creándose un sistema de contribución forzosa tripartita del Estado, los patronos y los trabajadores;

b) la norma le concede, en forma exclusiva a la Caja Costarricense de Seguro Social, la administración y gobierno de los seguros sociales, con un grado de autonomía que es, desde luego, distinto y superior al que se define en forma general en el artículo 188 idem;

c) los fondos y las reservas de los seguros sociales no pueden ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a su cometido.

Como institución autónoma creada por la misma Constitución Política, con las especiales características que ella misma le ha otorgado, el constituyente atribuyó la administración y gobierno de los seguros sociales a la Caja Costarricense de Seguro Social.

La Asamblea Nacional Constituyente, como consta en las Actas Nos. 125 y 126, aprobó la inclusión de la Caja Costarricense de Seguro Social, siguiendo, básicamente, el texto original de la Constitución de 1871; esto es, se trasplantó la institución de la Constitución de 1871, según las modificaciones de 1943 a la Constitución de 1949.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Por su parte las participaciones del Constituyente Volio Jiménez sobre el tema. De la página 34 del Tomo III de la Actas de la Asamblea Nacional Constituyente, se destaca como este insistió en que no le parecía adecuado debilitar la Caja, indicando que lo prudente era fortalecerla, señalando: “De ahí que lo más aconsejable es dejar las cosas como están, dándole a la Caja plena autonomía para independizarla así del Poder Ejecutivo” (el subrayado no corresponde al original)

Como se denota no sólo de la norma constitucional sino del espíritu de los constituyentes, la Caja Costarricense de Seguro Social fue blindada para no ser sujeta de las manipulaciones o influencias del Poder Ejecutivo.

Dicha autonomía le garantiza un grado de independencia que repele cualquier decreto que dicte el Poder Ejecutivo y que vulnera su potestad de auto determinarse en materia política o de gobierno.

Por ello, no es posible que el Decreto N° 39210-MP-S, le establezca un plazo máximo de 2 años a esta Institución para poner en funcionamiento la técnica.

Existen en nuestro ordenamiento jurídico, tres formas de autonomía : a) administrativa, que es la posibilidad jurídica de que un ente realice su cometido legal por sí mismo sin sujeción a otro ente, conocida en doctrina como la capacidad de autoadministración; b) política, que es la capacidad de autodirigirse políticamente, de autogobernarse, de dictarse el ente a sí mismo sus propios objetivos; y, c) organizativa, que es la capacidad de autorganizarse, con exclusión de toda potestad legislativa. En los dos primeros casos, **la autonomía es frente al Poder Ejecutivo** en el tercero, también frente al Poder Legislativo.

El ente descentralizado creado por ley ordinaria, está subordinado a su contenido e involucra la potestad legislativa para modificarlo y hasta extinguirlo; pero como la descentralización implica que le corresponden al ente todos los poderes del

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

jerarca administrativo, quiere decir que su personalidad abarca la totalidad de los poderes administrativos necesarios para lograr su cometido en forma **independiente**. La autonomía, usualmente, comprende las potestades de formular planes o fijar los fines y metas del ente, la de darse los mecanismos internos de **planificación funcional y financiera** a través de los presupuestos y por último, el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma.

La Sala Constitucional en el Voto No. 2003-02355, señala que:

“... se concluye que la autonomía reconocida en el artículo 73 en relación con el 177 de la Constitución Política la Caja no se encuentra sujeta a límites en materia de gobierno, como ha reiterado este tribunal en sentencias precedentes (ver por ejemplo: 2001-7605, 6256-94, entre otras). La Caja es en definitiva el ente encargado de la administración de la seguridad social y está dotada de máxima autonomía para el desempeño de su importante función. En armonía con lo anterior, mediante los artículos 3 y 23 de la Ley Constitutiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, su Junta Directiva tiene plena competencia para establecer los alcances de las prestaciones propias de la seguridad social vía reglamento, de manera que puede definir las condiciones, beneficios y requisitos de ingreso de cada régimen de protección, con sustento en estudios actuariales, a fin de no quebrar el sistema.

Así entonces, el grado de autonomía que constitucionalmente se le dio a la Caja Costarricense de Seguro Social en su artículo 73, es el que se ha denominado como grado dos, que incluye autonomía administrativa y autonomía de gobierno. Siendo que, la reforma que sufrió el artículo 188 Constitucional en 1968, reforma que por cierto no modificó el mencionado artículo 73 supra mencionado, instituyó la dirección administrativa del resto de instituciones autónomas, pero no modificó el grado de autonomía de la Caja Costarricense de Seguro Social, que sigue siendo desde 1943 una autonomía administrativa y de gobierno.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

En virtud de ello, queda claro entonces que, la ley o el legislador, no puede interferir en materia de gobierno de la Caja Costarricense de Seguro Social en virtud de la autonomía de gobierno de que goza esta institución.

Bajo esta lógica, si los legisladores se encuentran inhibidos de tomar decisiones en materia de gobierno sobre la CCSS, con mucho más razón se encuentran imposibilitado el Poder Ejecutivo para violentar la autonomía otorgada constitucionalmente a la Institución. Lo anterior, en virtud de que por la jerarquía de las normas una ley tiene un rango superior a las disposiciones que emanan del Poder Ejecutivo.

De acuerdo a lo dicho por la Procuraduría, la Ley Ordinaria no puede afectar las competencias constitucionales de la Caja Costarricense de Seguro Social⁶.

⁶ Considera la Procuraduría, que es claro que, este supuesto, constituye una excepción al principio de presunción de competencias que regenta el ejercicio de la potestad de legislar por parte del Parlamento. Al respecto, en el dictamen C-130-00 de 9 de junio del 2000, expresamos lo siguiente: “Como es bien sabido, hoy en día el principio de presunción de competencia es el que regenta o inspira el ejercicio de la potestad legislativa y no el principio de la omnipotencia de la ley, el cual es solo seguido en Gran Bretaña, aunque con algunas matizaciones debido a la influencia del sistema jurídico comunitario europeo. Este principio señala, grosso modo, que el legislador, en uso de la potestad de legislar, puede regular cualquier materia, excepto aquellas que han sido asignadas por el Constituyente, en forma exclusiva, a otros entes u órganos, a una determinada fuente normativa o constituyen un contenido sustraído de la ley. Desde esta perspectiva, el asignar una determinada competencia constitucional a un ente -como es el caso de la CCSS- y, además, garantizarle una autonomía administrativa y política para que cumpla su cometido, constituye una barrera infranqueable para el legislativo. En este supuesto, existe un compartimento inmune a la potestad de legislar, de donde resulta que lo referente a la administración y el gobierno de los seguros sociales solo puede ser definido por los máximos órganos del ente. En otras palabras, lo que entraña la administración y el gobierno de los seguros sociales es una competencia que solo puede ser ejercida por los máximos órganos de la CCSS, de donde resulta la incompetencia del legislativo para normar aquellas actividades o acciones que se subsumen en esos dos conceptos. Si esto resulta claro en relación con los seguros sociales, no lo es en cuanto a los otros fines que el legislador le asigna a ese ente.

Considera el órgano asesor que la autonomía administrativa y de gobierno que la Constitución Política le garantiza a la CCSS está en función de los seguros sociales, no así en relación con las otras actividades o fines que el legislador le impone a esa entidad, por lo que la autonomía es parcial, aunque absoluta en el ámbito de la especialización. Lo anterior obedece, en primer término, a que la autonomía que le garantiza la Constitución Política a la CCSS está en función del fin y no del sujeto. Es decir, el grado de autonomía no se le concede por el hecho de que sea un tipo de ente (institución autónoma), sino para que cumpla un cometido especial asignado por el Constituyente. Cuando no estamos en presencia de este fin no se justifica la autonomía política”.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

La autonomía que posee la CCSS, es una autonomía reforzada, que no puede ser modificada por el legislador común, sino solamente por el constituyente. Esto hace que los fondos de la CCSS sean intangibles⁷, lo que significa que nadie más que los jefes de la CCSS pueden disponer de sus fondos. Esto mismo colabora para que el sistema de salud público, sea un sistema integral, o sea una estructura de la totalidad, en la que interactúa el todo con el todo y el todo con cada una de las partes, tanto en lo que respecta a los recursos económicos, como a los recursos humanos⁸ como es también el sistema español, que es descentralizado como el nuestro.

Dice la Procuraduría, que como bien sostenía Mauro Murillo desde hace más de dos décadas, la autonomía administrativa supone la posibilidad jurídica de la respectiva organización de realizar su cometido legal sin sujeción a otro ente (capacidad de autoadministrarse); mientras que la política o de gobierno consiste en la aptitud de señalarse o fijarse el ente a sí mismo sus propios objetivos o directrices (capacidad de autogobernarse o autodirigirse políticamente). O, en términos de una reciente resolución de la propia Sala, "... la potestad de gobierno alude a la determinación de políticas, metas y medios generales, más o menos discrecionales, mientras que la de administración implica, fundamentalmente, la realización de aquellas políticas, metas y medios generales, utilizando y, por ende, estableciendo a su vez medios, direcciones o conductas más concretas y más o

⁷ Op Cit Navarro Fallas, Román A., pág. 62.

⁸

Rodríguez Merino, José María, Ética y derechos humanos en la era biotecnológica, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Cátedra de Teología y Ciencias de la Religión, Ed. Dykinson, S.L, 2008, pág.219

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

menos regladas ...” (voto n.º 6345-97 de las 8 :33 horas del 6 de octubre de 1997)⁹.”

Así las cosas, se reafirma la imposibilidad del Poder Legislativo de regular o imponer obligaciones a la CCSS, y si una ley se ve imposibilitada de imponer tales conductas, esa imposibilidad sería aún mayor en el caso de que quien imponga dichas obligaciones sea una norma de rango inferior a la ley.

Realizado el anterior análisis, a la luz de nuestro ordenamiento y de los principios de la seguridad social, cualquier decreto que pretenda obligar a la CCSS a destinar los recursos para la atención de una determinada patología, vulnera el principio de solidaridad social y pone en entredicho la autonomía que en materia de administración y gobierno le garantiza la Constitución Política a la Caja Costarricense de Seguro Social.

Al atender la audiencia conferida por el Poder Ejecutivo, para pronunciarse respecto del decreto que aquí se cuestiona, la Junta Directiva de la CCSS, destacó la abundante jurisprudencia constitucional, referente a la autonomía de esa Institución para definir la forma en que prestará los servicios de salud:

*“[...] la autonomía de gobierno reconocida constitucionalmente a la Caja para la administración de los seguros sociales, abarca también la prestación de los servicios de salud, financiados en su mayor parte con dichas contribuciones, **por lo que la forma en que se estructure la prestación de dicho servicio, así como las medidas que adopte la Caja para satisfacer las demandas de los usuarios, son temas que quedan cubiertos por su capacidad de auto organización.**”¹⁰*

(Se agregó el subrayado y resaltado).

⁹ Dictamen: 355 del 03/10/2008, de la Procuraduría General de la República.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

De ahí que, conforme con la normativa que rige la institución, en las consideraciones del acuerdo de la Junta Directiva de la CCSS, se le hace ver al Poder Ejecutivo que el decreto propuesto violenta la autonomía que le confirió el constituyente a la Caja:

*“[...] Importa recordar que vía reglamento no puede imponer obligaciones económicas a la Caja, toda vez que se está violentando la autonomía institucional. Sobre este punto, se destaca que constitucionalmente se ha señalado que esa autonomía no puede ser vulnerada ni siquiera por ley, esto porque la Caja goza de un grado de autonomía superior en la administración y gobierno de los seguros sociales, la cual no puede ser modificada por el legislador ordinario. // [...] // [...] al imponer obligaciones patrimoniales a la CCSS, el Decreto Propuesto [sic] también es violatorio de la autonomía constitucional de que goza esta Institución.”*¹¹ (Se agregó el subrayado y destacado).

A pesar de la autonomía de la que goza la CCSS, el Poder Ejecutivo continuó con su proceder de emitir el Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S, para lo cual hizo caso omiso de los señalamientos realizados por la Institución afectada.

4. Sobre la violación al artículo 73 del a Constitución Política.

10 Sala Constitucional, sentencia N° 5130-94 de las 17 horas 33 minutos del 7 de septiembre de 1994, reiterada en diversas ocasiones, según lo expone el acuerdo adoptado por la Junta Directiva de la CCSS en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015.

11 Caja Costarricense de Seguro Social. Junta Directiva. Artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Lo actuado por el Presidente Luis Guillermo Solís Rivera y sus Ministros, transgrede los supuestos del artículo 73 constitucional, cuyo texto literalmente dice:

“ARTÍCULO 73.- Se establecen los seguros sociales en beneficio de los trabajadores manuales e intelectuales, regulados por el sistema de contribución forzosa del Estado, patronos y trabajadores, a fin de proteger a éstos contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez, muerte y demás contingencias que la ley determine.

La administración y el gobierno de los seguros sociales estarán a cargo de una institución autónoma, denominada Caja Costarricense de Seguro Social.

No podrán ser transferidos ni empleados en finalidades distintas a las que motivaron su creación, los fondos y las reservas de los seguros sociales.

Los seguros contra riesgos profesionales serán de exclusiva cuenta de los patronos y se regirán por disposiciones especiales.”

En la mentalidad del constituyente hay una clara prohibición de que los fondos y las reservas de los seguros sociales encomendados a la administración de la CCSS sean transferidos o empleados en finalidades distintas de las que motivaron su creación. La FIV no protege a los costarricenses contra los riesgos de enfermedad, invalidez, maternidad, vejez y muerte, sino que pone a la salud de la madre en alto riesgo de enfermedades futuras, sin remediar su incapacidad para engendrar, puesto que es un procedimiento extracorpóreo y coloca en riesgo de muerte y/o de problemas graves de salud a las personas concebidas mediante esta técnica.

5. Violación a la Convención de los Derechos del Niño y al derecho interno relativo a la paternidad y la filiación.

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue aprobada por Ley N. 7184 de 18 de julio de 1990. Además tiene valor constitucional de conformidad con el artículo 7 de la Constitución Política¹².

¹² Al respecto pueden consultarse resoluciones de la Sala Constitucional Ns. 348-94 de las 15:48 hrs. del 18 de enero de 1994 y 2313-95 de las 16:18 hrs. del 9 de mayo de 1995)

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

El artículo 7 de la Convención sobre los derechos del Niño reconoce al niño el derecho a "conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos, por lo que la disposición contenida en el artículo 4 del Decreto Ejecutivo N° 39210-MP-S sería contraria a estos preceptos.

Indica dicho artículo 4 en su segundo párrafo: *“En consonancia con lo que dispone el artículo 72 del Código de Familia, Ley número 5476 para la práctica de la inseminación artificial, el donador regulado por este Decreto no adquiere derecho alguno ni obligación inherente a la filiación y a la paternidad en razón de la técnica de FIV heteróloga.”*

En primer término, se debe indicar que dicha disposición no es consonante con los tratados internacionales, específicamente con la Convención sobre los derechos del Niño, pues es una denegatoria del derecho atribuido en el artículo 7 de dicha Convención.

Pero no sólo es contrario a la Convención, sino al mismo derecho constitucional que establece que toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley (artículo 53 de la Carta Política), derecho que es irrenunciable (artículo 74 ibidem).

Asimismo, el mismo Código de Familia en su artículo 94 señala otorga el derecho de investigar la paternidad del hijo por nacer (artículo 94 del Código de Familia). Al igual que el art. 53 Constitucional, donde “toda persona tiene derecho a saber quiénes son sus padres, conforme a la ley”.

Las anteriores consideraciones, deben ser evaluadas por el honorable Tribunal Constitucional a efectos de determinar la prevalencia de una norma sobre otra. La fecundación in-vitro trasciende el ámbito de la ética y del derecho a la vida, ostentando estrecha relación con el derecho a una familia, y dentro de éste, el derecho a la filiación.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Todo niño tiene el derecho a nacer en el seno de una familia, así como a ser criado y educado por sus padres, por lo que en la eventualidad de que la técnica llegue a aprobarse, debe desarrollarse tomando en cuenta este aspecto.

El Estado puede, entonces, reglamentar el ejercicio de ese derecho y controlar la actuación de la pareja, no en su relación íntima, sino en protección del derecho a la vida del "producto", de la dignidad humana y del orden público. Y es que es difícil aceptar jurídicamente ese derecho de disposición de los padres respecto del embrión o feto. Este es un "tercero" respecto de sus padres. Un tercero que tiene derechos frente a los seres humanos y el concepto colectivo de "dignidad humana" impone el respeto de esa vida.

El derecho a la privacidad de las relaciones maritales incluye el derecho a la procreación, pero no implica la cesación de derechos del nuevo miembro de la familia humana, su propio hijo. A costa de diluir el derecho de los demás como es en este caso, mediante la técnica de la FIV caso, eliminar embriones. Lo anterior conduce a cuestionar y rechazar la posibilidad de reconocer que los padres, por su condición de tales, tienen un derecho de disposición sobre ellos, que les confiera, entonces, un derecho de "propiedad". De persona se transforma en "cosa", en "producto", en "objeto que se puede poseer", con posibilidad de ser comercializado.

"Los derechos fundamentales de cada persona deben coexistir con todos y cada uno de los derechos fundamentales de los demás; por lo que en aras de la convivencia se hace necesario muchas veces un recorte en el ejercicio de esos derechos y libertades, aunque sea únicamente en la medida precisa y necesaria para que las otras personas los disfruten en iguales condiciones." **Sentencia 10859-08**

Contrario a esto, el embrión sería considerado como propiedad personal de los proveedores de los gametos o sus donadores. Contrario a lo que establece la propia CA, donde establece que, art. 4.1 "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida". Ese pequeño "su" es de vital importancia, porque la más preciada propiedad, es su propia vida. Y sin ella, ningún otro derecho o libertad existe para ser ejecutado. Adicionalmente La vida tiene valor por sí misma, y no depende de valoraciones de terceros. Dice la Sala: *"Bien sabemos que el derecho a la vida es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional la vida humana- y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible (...)* *"La Sala, la doctrina y la jurisprudencia comparada ha venido*

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

reconociendo, ya que no la titularidad de los derechos fundamentales, reservado, como se dijo, al ser humano”, (...) sólo las personas físicas tienen existencia y entidad sustanciales por sí mismas, más allá de la sociedad y del Estado;

*“Doctrina y Filosofía a través de todos los tiempos han definido a la vida como el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico.” **Sentencia 5130-94***

*“Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos.” **Sentencia 1668-10***

*“Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia...”La aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”... “El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otras conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia” **Sentencia 2306-00***

En este sentido, puede notarse como el artículo 17 y 18 del decreto tratan a los óvulos fecundados (cuando en realidad son seres humanos en estado

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

embrionario), como objetos que incluso pueden ser donados a un tercero, facultando a los padres a disponer libremente de los niños y niñas creados en el laboratorio.

En forma totalmente contraria al decreto impugnado, la Sala Constitucional se ha referido a este tema en términos respetuosos de la dignidad de todo ser humano y de su derecho a saber quiénes son sus progenitores indicando, en la resolución N° 2007-011158:

“IV.- EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y HUMANO DE TODA PERSONA “A SABER QUIENES SON SUS PADRES”. Nuestra Constitución Política consagra en el artículo 53, párrafo segundo, el derecho fundamental –emplazado sistemáticamente en el Capítulo Único del Título V “*Derechos y Garantías Sociales*”- de “*Toda persona (...) a saber quiénes son sus padres (...)*”, el cual tiene fuerte asidero en valores y derechos constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad o autonomía. Este derecho fundamental obedece a la necesidad connatural del ser humano de conocer su origen que trasciende lo que podría considerarse un interés puramente biológico y que coadyuva a estructurar y consolidar la personalidad del individuo. El derecho bajo estudio, cuenta tanto con una dimensión sustancial como procesal. Desde el punto de vista sustantivo, el derecho fundamental a conocer quiénes son los padres, permite a la persona desarrollar un concepto consustancial a la intimidad como lo es la propia identidad y, con esto, el consecuente reconocimiento de su dignidad como ser humano. Resulta claro que el precepto constitucional que consagra el derecho a conocer el propio origen de una persona, privilegia la verdad o la veracidad biológica, para conocer quiénes son sus progenitores cuando su identidad es desconocida o es discutible (*patre nullus natus*). Como todo derecho, no es absoluto sino relativo, por lo que tiene una serie de límites intrínsecos y extrínsecos que, dado el caso concreto, no serán abordados en esta sentencia. Para la comprensión de ese derecho, es preciso acudir a las discusiones que se dieron a lo interno de la Asamblea Nacional Constituyente. Según se consigna en las actas, luego de varios días de discusión sobre el texto del proyecto, el representante González Flores propuso una moción para que se aprobara de la siguiente forma: “*Los padres tienen para con sus hijos fuera del matrimonio las mismas obligaciones que con los nacidos en él. Todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus*

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

padres de acuerdo con la ley". Dicha moción fue acogida con la deliberación siguiente:

"(...) El Diputado ARROYO observó que no se explicaba el temor de algunos señores Representantes para que todo hijo pueda investigar su paternidad de acuerdo con nuestra legislación. Agregó que no veía la razón para empeñarse en mantener esa situación. ¿Es acaso que los hijos no tienen derecho a saber quiénes son sus padres? Por todas estas razones, votará la moción planteada, que viene a consagrar las mismas garantías que la desechada de los señores Trejos y compañeros. (...)

El Diputado BAUDRIT SOLERA apuntó que la única novedad contenida en la moción era la de que todo niño tiene derecho a saber quiénes son sus padres, principio que el señor González Flores ha transcrito del Código del Niño del Uruguay. Pero se establece que eso será regulado por la ley, lo que significa que ésta reglamentará la forma en que va a proceder la investigación de la paternidad. (...) Las puertas del reconocimiento y de la investigación deben abrirse. La moción lo permite, por eso la votará. (...)

El Diputado CHACON JINESTA nuevamente intervino en el debate para apoyar la moción del señor González Flores. Nada gana el hijo natural con que la Constitución establezca los derechos y obligaciones de los padres para con ellos -dijo- si no se les faculta para investigar su paternidad. Si realmente se desea garantizar a los hijos naturales, lo propio es establecer la facultad de éstos para investigar su paternidad, lo que, de acuerdo con nuestra legislación, les está vedado. Añadió que también defendía el derecho de los hijos incestuosos a investigar su paternidad. Para evitar el escándalo en casos de excepción, se les van a cerrar las puertas a los hijos adulterinos que constituyen -según las estadísticas- la tercera parte de los niños que nacen en Costa Rica. Lo fundamental es que los hijos adulterinos puedan investigar su paternidad, para que sus padres cumplan sus obligaciones. (...)" (Acta No. 117 de 26 de julio de 1949, artículo 3°, Tomo II, Páginas 584-585).

Asimismo, el derecho a conocer quiénes son sus padres o su origen biológico, se encuentra contemplado y resguardado en instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En ese sentido, cabe mencionar que el artículo 7°, de la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por Ley No. 7184 de 18 de julio de 1990, dispone que *"El niño será registrado inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde éste a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (...)"*. Es necesario distinguir entre el derecho a conocer quiénes son los padres o el origen biológico de aquel relativo a establecer relaciones o vínculos de filiación con todas sus

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

consecuencias jurídicas (v. gr. apellidos, alimentos, patria potestad y sucesión), consecuentemente nada impide que una persona se limite a ejercer el primero y renuncie el segundo. En otro orden de consideraciones, el contenido procesal del derecho fundamental reconocido en el artículo 53, párrafo 2°, de la Constitución Política, se traduce en los mecanismos legales que le permiten a toda persona, investigar la paternidad o maternidad ejerciendo una libertad probatoria, con el objeto que se declare la existencia o no de un vínculo filial. Esta vertiente adjetiva del derecho de toda persona a saber quiénes son sus padres, se encuentra íntimamente vinculada al derecho consagrado en el artículo 41 constitucional, esto es, de acceso a la jurisdicción o de obtener justicia pronta y cumplida que es un claro derecho de configuración legal, puesto que, será el legislador ordinario el llamado, en el ejercicio de su libertad de configuración, a determinar los cauces procesales a través de los que se garantice el goce y ejercicio efectivo del componente sustancial –derecho a saber quiénes son los padres y, eventualmente, a establecer relaciones de filiación-, por ello el constituyente originario señala que ese derecho se ejerce “*conforme a la ley*”. Precisamente, para actuar el derecho fundamental señalado, fue que se adicionó el artículo 98 bis al Código de Familia mediante la Ley de Paternidad Responsable. Finalmente, en este punto resulta ineludible señalar, además, que el derecho fundamental reconocido en el artículo 53, párrafo 2°, de la Constitución Política, con su contenido esencial, se encuentra cubierto por la garantía de la irrenunciabilidad establecida en el artículo 74 Constitucional, ya que, dicho precepto señala, expresamente, que son irrenunciables los derechos y beneficios incluidos en el Capítulo Único del Título V, de la Constitución denominado "Derechos y Garantías Sociales".

V.- PATERNIDAD RESPONSABLE Y DERECHO A SABER QUIENES SON LOS PADRES. El derecho fundamental a saber quiénes son los padres –sobre todo cuando se ejerce junto con el derecho a establecer vínculos de filiación-, se encuentra conexo al principio de la paternidad responsable que enuncia el artículo 53, párrafo 1°, de la Constitución Política al indicar que los padres tienen obligaciones para con sus hijos –tanto los habidos dentro o fuera del matrimonio-. Esas obligaciones de los progenitores o procreadores suponen una serie de derechos de carácter personal y patrimonial en cabeza de los hijos procreados para su adecuado desarrollo y crianza óptima, los cuales debe desarrollar y establecer el legislador ordinario. La paternidad responsable, también es establecida por los

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, así el artículo XXX, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre dispone, en lo conducente, que: *“Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad (...)”*, la Convención sobre los Derechos del Niño en el numeral 18, párrafo 1°, señala, acertadamente, que *“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*. Por su parte, el numeral 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" aprobado por Ley No. 7907 de 3 de septiembre de 1999, dispone en lo conducente, lo siguiente: *“Derecho de la niñez. Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres (...)”*. En suma, el derecho fundamental a saber quiénes son los padres, cuando es ejercido concomitantemente con el derecho a establecer relaciones de filiación, y los mecanismos procesales de carácter legal para actuarlos constituyen un instrumento para hacer efectivo el principio de la paternidad responsable que enuncia tanto la Constitución Política como los instrumentos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que, también, es consustancial a la dignidad humana y a los imperativos constitucionales e internacionales de protección, cuidado y asistencia especiales de los menores por su intrínseca condición de vulnerabilidad (artículos 51 de la Constitución Política, 25, párrafo 2°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 24, párrafo 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 10, párrafos 1° y 3°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).”

De lo anterior se desprende, que todo ser humano tiene derecho a conocer quiénes son sus padres, tal derecho a la filiación se encuentra debidamente estipulado en nuestra Carta Fundamental así como en instrumentos internacionales ratificados por el país, e indicados en la resolución supra citada. A

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

partir de lo anterior, cualquier decreto que se oponga a dichos preceptos, está viciado de inconstitucionalidad.

Sobre la protección de los niños, la profesora española de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, Marina Pérez Monge, en su obra “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida”¹³ respecto a la filiación o determinación de la paternidad indica que se trata de la protección del nacido por estas técnicas y en todo caso, que en la medida de lo posible, no se vea perjudicado por haber nacido como consecuencia de las mismas. En su obra desarrolla algunos de los muchos casos posibles para filiación que necesita ser legislada por el Poder Legislativo en caso de una supuesta procreación asistida homologa con o sin consentimiento de marido, en pareja o no casada, en pareja no casada homologa sin consentimiento del varón, con consentimiento del varón, la determinación de la paternidad en procreación asistida en mujer sola, el supuesto anonimato del donante, la filiación derivada de procreación post mortem incluso la determinación de la maternidad en caso de vientre subrogado. El Decreto es omiso, porque además desde el punto de vista jurídico no le corresponde legislar sobre estos tópicos, una razón de peso jurídico para que este decreto sea declarado inconstitucional.

Además, importa destacar que, cuando fue sometido a consulta de la CCSS, esta entidad externó importantes objeciones en esta materia, en contra de lo estipulado en el decreto que aquí se examina. En efecto, entre las consideraciones que se exponen en el acuerdo adoptado por su Junta Directiva en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015, se observa que, entre los cuestionamientos de la CCSS al decreto, se objeta la normativa propuesta por el Poder Ejecutivo por cuanto violenta el derecho de toda persona a conocer quién

13 PEREZ MONGE, Marina, La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2002.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

es su padre y amenaza los derechos fundamentales de las personas menores de edad:

*“Tampoco se establece el reconocimiento de derechos del hijo que eventualmente quisiera conocer la identidad del donante. Al respecto, tomemos en consideración que **mediante decreto no se puede derogar, ampliar o modificar las disposiciones legales establecidas en el Código de la Niñez y Adolescencia, como lo son el derecho a la información, a la identidad, la integridad física, psíquica y moral, a la privacidad, a la imagen, a la vida en familia, contacto con el círculo familiar y a la prestación alimentaria.** // [...] // Un proyecto de regulación de la aplicación de la FIV debe hacer referencia a regulaciones concretas en relación a la donación de células reproductivas y de óvulos fecundados, pese a que el tema es de vital importancia, principalmente en materia de derecho de familia y civil. [...]. Al respecto, recordemos también los derechos y obligaciones del donante y del receptor o los receptores; **el alcance de los derechos de los de los niños que nacen bajo esa técnica de conocer a sus padres,** en caso de que haya sido producto de una donación de semen [...].”¹⁴ (Se agregó el subrayado y destacado).*

También cuestionó la CCSS técnica y jurídicamente el que dicho decreto autorice la técnica del FIV en parejas del mismo sexo:

“Se autoriza el FIV a parejas homosexuales, sin que a la fecha se encuentre en nuestro ordenamiento jurídico regulación alguna.”

14 Caja Costarricense de Seguro Social. Junta Directiva. Artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

relacionada con la filiación entre personas del mismo sexo.

Sobre tal punto en particular, se menciona que el Código de Familia establece los parámetros de filiación que no pueden ser modificados por un reglamento ejecutivo. // [...] // Es de suma importancia que la responsabilidad de atención de la Caja Costarricense de Seguro Social es únicamente para aquellas parejas que presenten infertilidad como una enfermedad, definida por la OMS como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de doce meses o más de relaciones sexuales no protegidas y que cumplan con los criterios de ingreso al programa FIV definidos por la CCSS.”¹⁵ (Se agregó el subrayado y destacado).

A pesar de los claros señalamientos de la CCSS, estos no fueron tomados en cuenta por el Poder Ejecutivo. Obsérvese que, obviando la tecnicidad y complejidad de la materia, ese Poder ni siquiera emitió un dictamen –previo a la firma del decreto– en el cual externara las razones por las cuales se apartaba de los pronunciamientos técnicos, jurídicos y científicos externados por los especialistas de la CCSS.

6. Violación al derecho a la vida

De conformidad con nuestra Constitución Política, artículo 21: “La vida humana es inviolable”

Por ello, resulta trascendental entender el momento a partir del cual momento es reconocido este derecho en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, en Costa Rica por disposición legal la vida es considerada a partir de la conceptualización biológica de la existencia humana, aspecto que se

¹⁵ Caja Costarricense de Seguro Social. Junta Directiva. Artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

interrelaciona directamente con lo dispuesto en el numeral 31 del Código Civil, que dispone:

“Artículo 31.-

La existencia de la persona física principia al nacer viva y se reputa nacida para todo lo que la favorezca desde 300 días antes de su nacimiento. ...”

Es importante mencionar que este texto es modificado mediante la ley número 5476, del 21 de diciembre de 1973, con el firme propósito de reafirmar la protección del no nacido de los derechos patrimoniales que pudiesen surgir, mientras se encuentre en esa condición sin embargo, la protección a la vida de la persona es entendida a partir de la concepción.

Esta última idea, considera la línea de los instrumentos internacionales como lo son:

- a) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Ley N° 4229, del 11 de diciembre de 1968), en los artículos 5.1 y 6.1 establece respectivamente la imposibilidad de restringir o menoscabar los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes por uno de los Estados partes así como, que el derecho a la vida es inherente a la persona humana;
- b) Convención Americana de Derechos Humanos (Ley N° 4534, publicada el 14 de marzo de 1970), la cual dispone en el artículo 4, inciso 1, el reconocimiento del derecho a la vida a partir de la concepción y el artículo 5, relacionado con la protección al derecho de la integridad física, psíquica y moral del individuo;
- c) Convención sobre los derechos del niño (1990), en el preámbulo, párrafo noveno extiende la protección legal del niño antes y después del

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

nacimiento y en el artículo 6, reconoce el derecho del niño a la vida y reconoce al menor hasta los 18 años.

Regresando a nuestro ordenamiento jurídico interno, el artículo 69¹⁶ del Código de Familia, relacionado con la filiación, protege los derechos del menor a la filiación hasta 300 días posteriores a la disolución del matrimonio o la separación de los cónyuges, mientras que de conformidad con los artículos 2¹⁷ y 12¹⁸, del Código de la niñez y la adolescencia define el concepto de niño desde la concepción hasta los 12 años, garantizándole su derecho a vivir desde el mismo instante de la concepción, estipulando que los derechos de esa población son irrenunciables e

16 Artículo 69.- Se presumen habidos en el matrimonio los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde su celebración o desde la reunión de los cónyuges separados judicialmente y también los nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio o a la separación de los cónyuges judicialmente decretada.

17 ARTÍCULO 2.- Definición

Para los efectos de este Código, se considerará niño o niña a toda persona desde su concepción hasta los doce años de edad cumplidos, y adolescente a toda persona mayor de doce años y menor de dieciocho. Ante la duda, prevalecerá la condición de adolescente frente a la de adulto y la de niño frente a la de adolescente.

18 ARTÍCULO 12.- Derecho a la vida La persona menor de edad tiene el derecho a la vida desde el momento mismo de la concepción. El Estado deberá garantizarle y protegerle este derecho, con políticas económicas y sociales que aseguren condiciones dignas para la gestación, el nacimiento y el desarrollo integral.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

in-transigibles, protegiendo en todo momento el interés superior del menor (artículo 5)¹⁹.

Siguiendo esa misma línea de protección, el Código Penal sanciona el delito de aborto a partir del numeral 118 y hasta el numeral 122, con la excepción del numeral 121, el cual contiene la figura del aborto impune como excepción.

Es importante destacar que según lo indica la ciencia, el inicio de la vida empieza a partir de la unión de dos gametos (uno masculino con otro femenino) que forman una célula que técnicamente se llama “cigoto”, el cual contiene la identidad genética del nuevo individuo. En palabras del padre de la genética moderna, Jérôme Lejeune: “Aceptar el hecho de que después de la fecundación un nuevo ser humano ha venido a la existencia ya no es una cuestión de gusto o de opinión”. Siendo como lo es un ser humano en su primer día de existencia, ese ser humano es persona, pues el párrafo 2 del artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos expresamente indica: “...persona es todo ser humano.”, y en virtud de lo anterior hay que reconocerle su personalidad jurídica de conformidad con el artículo 3²⁰ de ésta Convención y lo primero que reclama su personalidad es el derecho a la vida, derecho sin el cual no podría ejercer ningún otro derecho.

La vida es el derecho por excelencia, sin ella no tienen razón de existir cualquiera de los otros derechos existentes.

19 ARTÍCULO 5.- Interés superior Toda acción pública o privada concerniente a una persona menor de dieciocho años, deberá considerar su interés superior, el cual le garantiza el respeto de sus derechos en un ambiente físico y mental sano, en procura del pleno desarrollo personal.

20 Artículo 3. Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica: Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

La Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la resolución número 2306-2000, de las 15:21 horas del 15 de marzo del 2000, con respecto al valor del derecho a la vida indicó:

“... Sin la existencia humana es un sin sentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. ...”

De ese concepto de vida se desprende el derecho a la salud de toda la población, entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, artículo 9), el cual abarca la atención primaria de la salud, donde se ubica la asistencia sanitaria esencial puesta al alcance de todos los individuos directamente asegurados y sus familiares así como, la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos ubicados dentro de la jurisdicción del Estado. Entendiéndose por servicios de salud la atención, prevención y tratamiento de enfermedades, la educación de la población en estos temas y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo, o en condiciones de pobreza, aspecto que los posiciona en una condición más vulnerable. (Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, resolución número 2008-017276, de las 16:46 horas del 18 de noviembre del 2008).

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

No obstante, a lo indicado resulta necesario advertir que si bien es cierto el derecho a la salud es amplio por disposición de la Sala Constitucional, lo cierto del caso es que deja de ser predominante ese derecho cuando se enfrenta al derecho a la vida de otros individuos, como lo son los embriones.

Concretamente la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en resolución número 2007-007958, de las 10:30 horas del 7 de junio del 2007, en relación con la predominancia del derecho a la vida y la opción del aborto indicó:

“... queda claro que la protección del derecho a la vida en los Pactos Internacionales, la Constitución Política y el ordenamiento jurídico interno rige a partir de la concepción, razón por la cual esta Sala no podría, en aras de proteger la integridad mental de la madre, desproteger el derecho a la vida del menor en gestación, aun cuando sus posibilidades de vida post parto sean remotas o nulas, pues no otra cosa implicaría acceder a lo pretendido en el recurso. ...”

La protección de la vida, ha sido resguardada siempre por nuestro ordenamiento y la Sala Constitucional ha sido conteste con la protección de este derecho. A continuación, una serie de extractos de sentencias en donde la Sala Constitucional, se ha manifestado sobre la prevalencia del derecho a la vida:

*“Doctrina y Filosofía a través de todos los tiempos han definido a la vida como el bien más grande que pueda y deba ser tutelado por las leyes, y se le ha dado el rango de valor principal dentro de la escala de los derechos del hombre, lo cual tiene su razón de ser pues sin ella todos los demás derechos resultarían inútiles, y precisamente en esa medida es que debe ser especialmente protegida por el Ordenamiento Jurídico.” **Sentencia 5130-94***

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

*“Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos. La pregunta ¿cuándo comienza la vida humana? tiene trascendental importancia...”*La aplicación de la Técnica de Fecundación In Vitro y Transferencia Embrionaria, en la forma en que se desarrolla en la actualidad, atenta contra la vida humana”... *“El ser humano tiene derecho a que nadie atente contra su vida, a que no se le prive de ella —formulación negativa-, pero también a exigir de otras conductas positivas para conservarla. Esta conducta puede ser reclamada a profesionales o instituciones dedicadas al cuidado de la salud y a quien tenga incluso un deber genérico de asistencia”* **Sentencia 2306-00**

“La preponderancia de la vida y de la salud, como valores supremos de las personas, está presente y señalada como de obligada tutela para el Estado, no sólo en la Constitución Política, sino también en diversos instrumentos internacionales suscritos por el país como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Debe quedar claro no sólo la relevancia de los valores para los cuales el actor reclama tutela, sino también el grado de compromiso que el Estado costarricense ha adquirido en cuanto a acudir de manera incuestionable e incondicional en su defensa.” **Sentencia 1954-00**

“Los derechos de la persona, en su dimensión vital, se refieren a la manifestación primigenia del ser humano: la vida. Sin la existencia humana es un sinsentido hablar de derechos y libertades, por lo que el ser humano es la referencia última

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

de la imputación de derechos y libertades fundamentales. Para el ser humano, la vida no sólo es un hecho empíricamente comprobable, sino que es un derecho que le pertenece precisamente por estar vivo. El ser humano es titular de un derecho a no ser privado de su vida ni a sufrir ataques ilegítimos por parte del Estado o de particulares, pero no sólo eso: el poder público y la sociedad civil deben ayudarlo a defenderse de los peligros para su vida (sean naturales o sociales), tales como la insalubridad y el hambre, sólo por poner dos ejemplos.”

Sentencia 1668-10

“El derecho a la vida reconocido en el numeral 21 de la Constitución es la piedra angular sobre la cual descansan el resto de los derechos fundamentales de los habitantes de la república. ...” [Sentencia 7897-12](#) (el resaltado no corresponde al original)

“...De ello se deriva el principio de la inviolabilidad de la vida humana, de modo que es deber de la sociedad y el Estado su protección. Es el más elemental y fundamental de los derechos humanos y del cual se despliegan todos los demás”. [Sentencia 19782-14](#). (el resaltado no corresponde al original)

De los párrafos anteriores, se desprende que existe una prevalencia del derecho a la vida sobre cualquier otro derecho al ser la piedra angular sobre la que descansan el resto de derechos fundamentales.²¹.

²¹ Ver ACOSTA GAMBOA, (Andrea) Bioética y Derecho, Fertilización in vitro, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

“La vida es la fuente de todos los derechos humanos y consecuentemente el mayor derecho, de manera que cuando se habla del derecho a la vida, se debe entender que su contenido es casi ilimitado”

En el escenario internacional el derecho a la vida está protegido desde la concepción y esto fue lo que suscribió el Estado de Costa Rica al firmar la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención de Derechos del Niño.

El nuevo código civil de Argentina que entró en vigencia el pasado 1 de agosto de 2015 responsablemente contempla la regulación mediante ley del legislativo de todos estos aspectos (art.30 Convención Americana de Derechos Humanos), e incluso según el nuevo código, la existencia comienza desde la concepción, se considera que la vida empieza desde el encuentro fructífero entre el espermatozoide y el óvulo dentro o fuera del seno materno. ¿Si Argentina legisla, no conforme al fallo del caso Artavia Murillo vs Costa Rica, y habiendo suscrito el pacto de San José, como se dirime el conflicto entre el Derecho Interno y el Derecho Internacional?

El pasado 27 de agosto de 2015, la gran cámara de la Corte Europea de Derechos Humanos falló sobre el valor del derecho a la vida, y la protección jurídica del ser humano en sus primeros estadios de desarrollo, en el caso Parrillo vs Italia.

El Derecho Internacional, nos permite homogenizar en el concierto de las naciones la protección de derechos, pero cada Estado debe proteger al máximo los derechos de sus ciudadanos gracias a la figura del margen de apreciación de los Estados y su soberanía.

Para la Corte Europea de Derechos Humanos, Italia tiene en esta materia un “amplio margen de apreciación” en razón de las delicadas cuestiones éticas y morales que plantea el tema de las técnicas de fecundación asistida (considerando 176, citando el precedente Evans; S.H. and Others; and Knecht). El margen de apreciación es amplio cuando no existe consenso en Europa y a nivel internacional sobre una cuestión. En el fallo se afirma que Italia, Eslovaquia,

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Alemania y Austria prohíben que los embriones sean destinados a la investigación. En Andorra, Latvia, Croacia y Malta la ley prohíbe expresamente la investigación sobre células madre embrionarias. Además, 16 países no regulan el tema.

El juez Paulo Pinto de Albuquerque indicó, “la vida no nacida no es diferente en esencia de la vida nacida. Los embriones humanos deben ser tratados en todas las circunstancias con el respeto debido a la dignidad humana. ... Es incompatible con la Convención producir o usar embriones humanos vivos para la preparación de células madre embrionarias, o producir embriones clonados y luego destruirlos para producir células madre embrionarias”. Y añade: “Las aplicaciones científicas de investigación que conciernen el genoma humano, en particular en el campo de la Genética, no prevalecen sobre el respeto a la dignidad humana. El progreso científico no debe basarse en la falta de respeto por la naturaleza humana ontológica. El objetivo científico de salvar vidas humanas no justifica el empleo de medios que son intrínsecamente destructivos para esa vida». «El principio y el final de la vida humana no son cuestiones de política sujetas a la discreción de los Estados”

El Estado costarricense además debe velar por la protección del material genético humano, en cualquier técnica de fecundación asistida se manipula material genético humano, no existiendo sanciones en el Decreto Ejecutivo, para casos en que la vida humana se vea amenazada, y la dignidad de la especie, los crímenes de lesa humanidad estarán a un paso. La Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos, documento aprobado en el seno de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, reconoce la dignidad humana y pretende para la comunidad científica internacional un límite sustentado en una ética, producto del saber interdisciplinario y cuyo norte es la preservación de la vida humana

7. Sobre la violación al principio de participación ciudadana

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

Acusamos la violación al artículo 9 de la Constitución Política que garantiza la participación ciudadana en Costa Rica, por la omisión de consultar públicamente el proyecto de decreto.

Precisamente PARA GARANTIZAR EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL A LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA, el artículo 361, de la Ley General de la Administración Pública, dispone que previo a la emisión de disposiciones generales, el Poder Ejecutivo o el Ministerio interesado debe conferir audiencia a las entidades descentralizadas y a las entidades representativas de intereses de carácter general o corporativo, que puedan verse afectadas. Pero además, por tratarse de un asunto de interés de toda la comunidad costarricense como lo es la implementación de la fecundación in vitro, con fondos provenientes de todos los que contribuimos con la Caja Costarricense del Seguro Social, y que además involucra entre otros derechos: derecho a la vida, a la dignidad humana, el derecho a la salud, el derecho a la intimidad, la filiación de los niños creados en el laboratorio con gametos (óvulos y/o espermatozoides de terceros) y otros cuestiones similares, el anteproyecto de decreto que DEBIÓ SER SOMETIDO AL TRAMITE DE CONSULTA PÚBLICA.

La audiencia o consulta pública NO es una mera formalidad, sino que constituye un requisito esencial para dar cumplimiento al principio constitucional de participación ciudadana.

Al respecto esta honorable Sala Constitucional ha dicho:

“ACERCA DE LA FALTA DE PARTICIPACIÓN CIUDADANA. En cuanto a la audiencia establecida en el artículo 361.2 de la Ley General de la Administración Pública, para el caso concreto, la mayoría de la Sala considera que su omisión o defectuosa aplicación no es una cuestión de mera legalidad a la luz del Derecho de la Constitución. A partir del principio democrático de participación ciudadana establecido en el artículo 9 constitucional, este Tribunal ha tutelado el derecho de los ciudadanos a participar de forma activa en la toma de decisiones de interés general o colectivo. Precisamente, este Tribunal, de manera reiterada, ha indicado que

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

en la idea de democracia participativa -de activa y plena participación popular-, el principio democrático adquiere su verdadera dimensión. Además, la propia Sala le ha reconocido relevancia constitucional, en virtud del principio democrático de participación, a la aplicación de mecanismos específicos de participación ciudadana (...) La mayoría de la Sala considera que la audiencia del artículo 361.2 de la Ley General de Administración Pública en el sub examine sí es de relevancia constitucional en virtud del principio de participación ciudadana, contemplado en el numeral 9 de la Constitución Política, por lo que está sujeta al control de constitucionalidad tal como lo han sido otros tipos de audiencia, como las reguladas en los ordinales 17 de la Ley de Planificación Urbana, 36 de la Ley Reguladora de los Servicios Públicos y 13 del Código Municipal. La audiencia del numeral 361.2 de la Ley General de la Administración Pública es obligatoria, salvo cuando se opongan a ello razones de interés público o de urgencia, las que, en todo caso, deben quedar consignadas en el anteproyecto.” (Sentencia: 18665 -2012 Lo subrayado no forma parte del original)

Además de la omisión acusada (falta de consulta pública del decreto), en el procedimiento de consulta a la CCSS y al Colegio de Médicos se incumplieron los plazos señalados en la ley, al someterse a consulta el proyecto de decreto, únicamente por un plazo de **cinco** días, que es la mitad del plazo previsto en la ley de diez días.

Como lo señaló la Sala en el Voto 18665-2012 citado, esas audiencias son OBLIGATORIAS y por lo tanto, están sujetas al control de constitucionalidad, en razón de que la audiencia contemplada en la ley, guarda relevancia constitucional en virtud del principio del gobierno participativo, contemplado en el artículo 9 de la Constitución Política.

El espíritu de la norma protege los derechos de ejercer una defensa ante aquellas disposiciones que resulten lesivas a los intereses de las entidades, grupos de

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

interés o de la colectividad en general. Reducir el plazo a la mitad u omitirlo para algunos, vulnera la posibilidad de un análisis profundo de los alcances de dichas disposiciones, dejando en indefensión a estos sectores y la misma población por su incidencia en la salud pública.

8. ACUSAMOS LA FALTA DE MOTIVACIÓN Y FUNDAMENTACIÓN, CON LO QUE SE VIOLÓ GROSERAMENTE EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO DE LEY Y AL DERECHO DE DEFENSA.

Como se ha indicado con anterioridad, la Caja Costarricense de Seguro Social, se pronunció EN CONTRA del proyecto de decreto que le fuera consultado.

Si bien es cierto, que la Ley General Administración Pública, le permite a la Administración separarse de los dictámenes o informes técnicos, únicamente lo puede hacer, mediante un acto administrativo debidamente motivado y fundamentado. En el caso que nos ocupa, el Poder Ejecutivo nunca motivó ni fundamentó de hecho ni de derecho las razones por las cuales rechazó la recomendación técnica de la CCSS respecto al proyecto de decreto consultado, con lo cual lesionó el principio de legalidad y del debido proceso de ley.

Es un hecho indiscutible, que la Administración debió fundamentar o motivar la decisión que tomo, pero para hacerlo es obligatorio hacer una declaración de las circunstancias de hecho o de derecho que lo motivaron aprobar el decreto, todo lo cual en el presente caso no se hizo.

La Sala Constitucional en el Voto No. 18472-06 de las 10:53 hrs. de 22 de diciembre de 2006, expuso lo siguiente:

“III.- SOBRE LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO. La declaración de cuáles son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la Administración pública al dictado o emanación del acto administrativo es una exigencia del debido proceso y del derecho de defensa. Al consistir en una enunciación de los hechos y del fundamento jurídico que la administración

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

pública tuvo en cuenta para emitir su decisión o voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad de ésta. Precisamente, por lo anterior es que la debida motivación del acto forma parte del debido proceso, puesto que “la notificación adecuada de la decisión que dicta la Administración y de los motivos en que ella se funde”, forma parte de esas garantías fundamentales. El principio general es la obligación de motivar todos los actos administrativos, dado que, dimanada de la observación y aplicación de principio de legalidad por parte de los entes y órganos públicos. Desde la perspectiva del administrado, la motivación supone una mayor protección de sus derechos, puesto que, del cumplimiento efectivo de la obligación de motivar por parte de la respectiva administración depende que conozca los antecedentes y razones que justificaron el acto administrativo para efectos de su impugnación.” (Ver en similar sentido los Votos Nos. 6080-02 de 21 de junio de 2002, 1664-03 de 28 de febrero de 2003, 4230-04 de 23 de abril de 2004, 913-05 de 31 de enero de 2005, 891-06 de 31 de enero de 2006, 301-07 de 12 de enero de 2007, 7777-07 de 31 de mayo de 2007 y 10794-07 de 27 de julio de 2007).

9. Violación a la Convención de Viena del Derecho de los Tratados

La sentencia dictada por la Sala Constitucional en el año 2000, entiende asertivamente que la Convención obliga a efectuar una protección absoluta del "derecho a la vida" del embrión y, en consecuencia, obliga a prohibir la FIV por implicar la pérdida de embriones”.

En este sentido, la sentencia se fundamenta en el artículo 4.1 de la Convención, por lo cual la discusión debió fundarse en dicho artículo, sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio un abordaje distinto al tema.

Al respecto el voto disidente del juez Eduardo Vio Grossi señala con relación al abordaje que debió darse a la sentencia que: “...lo que implica contrastar,

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

antes que nada, dicho acto estatal con la obligación internacional por él mismo aducida como su justificación, es decir el citado artículo 4.1, y solo una vez dilucidada esta cuestión se podría abordar la conformidad de la misma con lo contemplado en los señalados artículos 5.1, 11.2, 17.2 y 24.”

La sentencia dictada por la Corte dio una interpretación inversa, minimizando o subordinando todo lo referente al “derecho a la vida” ante los otros derechos. En tal perspectiva de análisis del caso por la que se opta en la Sentencia, tiene un efecto práctico muy relevante, puesto que conduce, en última instancia, a privilegiar esos derechos por sobre el “derecho a la vida”.

Ahora bien, dado que se trata de la interpretación de una norma convencional, lo que la Corte debió hacer era tratar de buscar o entender la voluntad de los Estados Partes de la Convención al momento de suscribirla, ello se debe hacer conforme lo dispone la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en adelante la Convención de Viena, que contiene tanto las normas convencionales como las consuetudinarias en la materia.

Sobre el particular dicha Convención señala en sus artículos 31 y 32 lo siguiente:

“Interpretación de los tratados.

31. Regla general de interpretación. I. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. 2. Para los efectos de la interpretación de un tratado. el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos: a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado: b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado; 3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta: a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones: b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado: c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

32. Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.”

Para exponer nuestro fundamento con respecto a la interpretación del artículo 4.1 de la Convención, hacemos propias las palabras del juez Vio Grossi, el cual realizó una fundamentación jurídica de alto contenido, indicando:

“Pues bien, para poder acometer la interpretación del mencionado artículo 4.1, parece menester referirse a los aspectos básicos que plantea en este caso, esto es, el Titular del derecho; la protección de ese derecho y la privación arbitraria del mismo. 1.- Titular del derecho. Visto el artículo 31.1 de la Convención de Viena, es evidente que el derecho que consagra el antes citado artículo 4.1 consiste en que “se respete... (la) vida” de su titular. Ese es el “objeto y fin” de dicha norma, lo que significa que ella fue establecida para que realmente alcanzara lo por ella perseguida y no para que quedara sin contenido. La disposición da por supuesto que, en consecuencia, que el titular del derecho consistente cuya vida debe respetarse, preexiste en tanto tal. Asimismo, es claro que dicha norma establece que el titular de ese derecho es “toda persona”, vale decir, ese artículo no hace distinción alguna entre los titulares del aludido derecho. Ello se condice plenamente, por lo demás, con lo previsto previamente en la Convención en orden a que los derechos que los Estados partes de la Convención se comprometen a respetar y garantizar se refieren “a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

alguna por motivos” de “cualquier... índole”. Y en mérito de la regla del “sentido especial” de la interpretación de los tratados, contenida en el artículo 31.4 de la Convención de Viena, para la interpretación del término “persona” hay que atenerse a lo previsto en el artículo 1.2 de la Convención que prescribe: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.” Como conclusión y aunque parezca obvio, se puede afirmar que el artículo 4.1 de la Convención constata o consagra el derecho “toda persona” o “ser humano”, sin distinción alguna y que, además, ya existe, a que se le respete “su” vida. Es decir, toda la citada disposición, todas sus frases, así como, por lo demás, toda la Convención, conciernen solamente a la “persona” o “ser humano”, esto es, exclusivamente a sus derechos y no a otros intereses o entidades.

2.- Protección legal del derecho. El aludido artículo 4.1 dispone, en su segunda frase y luego de un punto seguido, que “este derecho (vale decir, el de “toda persona... a que se respete su vida”) estará protegido por la ley”. Esta frase conlleva a interpretar tres expresiones. Una, lo que se entiende por “ley”, otra, lo que significa “y en general” y la tercera relativa al término “concepción”.

a.-“Ley”. Al indicar que prescribir que el citado derecho “estará protegido por ley”, la Convención le impone al Estado la obligación de dictar las normas jurídicas con tal propósito, obligación que igualmente está contemplada, en términos más generales y amplios en el ya citado artículo 2 de la Convención. Por cierto, se debe entender que el término “ley” lo emplea en su sentido lato, vale decir, como norma jurídica, sea constitucional, legal o reglamentaria, dictada por el órgano competente del Estado que, en términos generales y obligatorios, regula una conducta o actividad de todos sus habitantes. También habría que tener presente que la circunstancia de que el citado artículo 4.1 disponga que el derecho de “toda persona... a que se respete su vida” debe estar “protegido por la ley”, no importa que la conformidad o disconformidad de esta última con el Derecho Internacional y, en particular, con la Convención, es decir, **su licitud o ilicitud internacional, no pueda ser determinada por la Corte**. En tanto comentario relativo específicamente al caso de autos, cabe destacar que el artículo 21 de la Constitución Política del Estado, de 1949, ya

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

establecía que “la vida humana es inviolable” y que la Resolución que motiva esta causa expresamente concluye que “el reglamento cuestionado (Decreto Ejecutivo No. 24029-S de 3 de febrero de 1995, emitido por el Ministerio de Salud) es inconstitucional por infracción al artículo 21 de la Constitución Política y 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, de manera que podría entenderse que de esa forma **el Estado estaba dando cumplimiento a lo mandado por el señalado artículo 4.1 de proteger por ley el derecho de “toda persona ... a que se respete su vida”**. b.- “Y, en general”. Con relación al sentido y alcance de las palabras “y, en general” que utiliza el mencionado artículo 4.1, habría que tener presente, por de pronto, que la Convención no le da a dicho término un “sentido especial, por lo que habría que recurrir al “sentido corriente de los” de los mismos. Entre las acepciones que comprende el sentido corriente de la palabra “general”, que son las mismas en el época de la suscripción de la Convención y aún hoy, se hayan las de “común, frecuente, usual” y “común a todos los individuos que constituyen un todo, o a muchos objetos, aunque sean de naturaleza diferente” y entre los significados de los términos “en general” están los de “en común, generalmente” y “sin especificar ni individualizar cosa alguna.” Para mejor comprensión de esos términos, tal vez puede ser útil evocar sus antónimos, tal como se entendían a la época de la Convención y se entienden en la actualidad, es decir, los términos “particular”, que significa “propio y privativo de algo, o que le pertenece con singularidad”, “especial, extraordinario, o pocas veces visto en su línea”, “singular o individual, como contrapuesto a universal o general”; “singular”, cuyas acepciones son “solo (único en su especie)”, “extraordinario, raro o excelente”; e “inusual”, que implica “no usual, infrecuente”. Asimismo, teniendo presente la regla del “contexto de” los términos, habría que agregar que, dado que las expresiones “y, en general” que emplea la disposición que se comenta, se vinculan a la obligación de “proteger por ley” el derecho de “toda persona... a que respete su vida”, lo que dispone dicha norma es que ello debe ser “a partir de la concepción” de la “persona” de que se trate. **A su vez y según la regla de interpretación del**

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

“objeto y fin” de la Convención, cual es el respeto de los derechos y humanos y garantizar su libre y pleno ejercicio, y del propio artículo 4.1 de la misma, que es el respeto a la vida , las referidas palabras “y, en general” deben ser entendidas en tal perspectiva, es decir, con “efecto útil” a tal propósito, de modo que efectivamente contribuyan al objeto y fin general perseguido y no que constituyan una excepción a ello ni menos, en particular, una negación del derecho a la vida....Es decir, es a todas luces evidente que se quiso ampliar o no dejar lugar a duda alguna de que la protección que por ley se debe dar al derecho de toda persona a que se respete su vida, lo debe ser aún cuando se encuentre como concebido o no haya nacido aún. En consecuencia, dicha frase fue establecida para permitir que la protección que por ley se debe dar al derecho de “toda persona... a que se respete su vida” “a partir de la concepción”, lo sea también para el no nacido aún. En otras palabras, esa protección debe ser “común” para el nacido y el que no es aún, consecuentemente, no procede hacer distinción, en este aspecto, entre ellos, “aunque sean de naturaleza diferente”, dado que “constituyen un todo”, en ambos hay vida humana, hay un ser humano, una persona. El bien jurídico protegido es, entonces y en última instancia, el derecho a la vida de “toda persona” y es por ello que en la Convención se optó por no dejar margen de duda alguna respecto de que lo que se protege con el citado artículo 4.1 era fundamental ella, cualquiera fuese la etapa en que se encontrare. En tal sentido, la expresión “en general”, importa una referencia a la forma en que la ley puede proteger al no nacido aún, evidentemente que podría ser distinta a la protección que le suministre al nacido. **En suma, la expresión “y en general” no alude a una excepción, a una exclusión, es, por el contrario, es inclusiva, hace aplicable la obligación de proteger por ley el derecho de toda persona a que se respete su vida desde la concepción.** c.- “La concepción”. Igualmente y por lo antes afirmado, es indispensable, para entender lo previsto en el citado artículo 4.1, precisar el sentido y alcance del término “concepción” que emplea aquél, dado que a partir de ella es que el Estado debe proteger por ley el derecho “a que se respete (la)

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

vida". En otras palabras, resulta claro el sentido de la norma en orden a que ese derecho existe "a partir de la concepción." De los autos y demás antecedentes se desprende que, al suscribirse la Convención, no se determinó lo que debía entenderse por "concepción" y que tampoco se ha hecho después. Por otra parte, la Convención tampoco le concedió a esa palabra "un sentido especial" y, en particular, no hizo remisión a cómo se entendiera según la ciencia médica. La regla aplicable en la especie es, sin duda la del "sentido corriente" de dicho término y particularmente al existente al momento de la suscripción de la Convención en 1969. Según la versión de 1956 del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, vigente entonces, el término "concepción" se entendía como la "acción y efecto de concebir"; el de "concebir" como "quedar preñada la hembra"; el de "preñada" como "dícese de la mujer y de la hembra de cualquier especie, que ha concebido y tiene el feto o la criatura en el vientre"; el de "preñar" como "empreñar"; el de "empreñar" como "hacer concebir a la hembra"; y el de "fecundar" como "unirse el elemento reproductor masculino al femenino para dar origen a un nuevo ser". Y casi coetáneamente con la suscripción de la Convención, esto es, en la versión de 1970 del mencionado Diccionario, el término "preñar" fue entendido como "empreñar, fecundar o hacer concebir a la mujer". "Concepción", según el idioma y la ciencia, no inicia en la implantación, sino en la unión fusión de los gametos femeninos y masculinos. Por lo que la reiterada definición de "Ovulos fecundados", para no hablar de fase embrionaria, y eludir su estatus jurídico, no existe en la terminología médica moderna. Adjuntamos copia fotostática de un Diccionario de Terminología de Ciencias Médicas, de 1916, donde se establecen de forma notoria los mismos conceptos que la lengua española había ya establecido. Es de advertir que este significado es recogido en la actualidad. Lo anterior significaba, entonces, que **se entendía y aún se entiende, que el ser, en la especie, el humano, se origina al "unirse el elemento reproductor masculino al femenino"** y cuando ello acontece se entiende que esa "criatura" se encuentra en el "vientre" de la mujer. De allí, pues, que se entendía que los términos fecundar o

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

hacer concebir a la mujer” como sinónimos. De suerte, entonces, que el término “concepción” empleado por el artículo 4.1 de la Convención jurídicamente debería ser interpretado, más allá de cualquier otra consideración, como la fecundación del óvulo por el espermatozoide. Eso fue y no otra cosa, en lo que se convino en 1969, y era de uso corriente en la Lengua española y en la Ciencia, al suscribirse la Convención, y es todavía jurídicamente el sentido de tal término e incluso parte muy importante, por no decir mayoritaria, de la ciencia médica que así también lo estima. Con esto no se está sosteniendo que lo que exprese la ciencia médica no deba ser tenido en cuenta, sino por ser tema central sobre lo que estamos tratando, y como ya se ha establecido, la jurisprudencia no concede derechos sino que reconoce lo que la vida es incluso antes de la propia existencia del Estado, el Derecho debe incorporarlo en su acervo. Debe considerarse también a este respecto que, de según se debe entender de las reglas de interpretación de los tratados, no existen otros acuerdos o tratados entre los Estados Partes de la Convención que consagren un concepto distinto al expresado. Tampoco otros acuerdos o la práctica seguida por los mismos en la aplicación de la Convención indican una modificación de ese concepto. Por otra parte, **no hay norma consuetudinaria diferente a la interpretación dada que les sea aplicable**. Y, finalmente, no puede sostenerse la existencia de un principio general de derecho, originado por las legislaciones internas de esos Estados, que consagre un significado distinto al referido. Por otra parte, es evidente y lógicamente que la “concepción” a que se refiere el artículo 4.1 es la de “toda persona” cuyo derecho a la vida debe ser protegido por ley. Y ello está en plena correspondencia con el “contexto de los términos” ya que todo lo que él se dispone y aún toda la Convención, se refieren a ese sujeto y no al de alguna entidad, objeto o realidad distinta. En consecuencia, si la citada disposición hubiese querido establecer o hacer extensiva la protección que por ley se le debe proporcionar al derecho de toda persona a que se respete su vida, a una entidad, objeto o realidad distinta al de la persona, así lo hubiera dispuesto derecha y claramente o bien se habría utilizado una frase, inciso o

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

artículo diferente en el mencionado 4.1 o incluso, lo habría consagrado en un tratado distinto. Pero, no aconteció así. Todo lo mandado por la disposición en comento así como por toda la Convención, concierne, entonces, única y exclusivamente a la “persona”, al “ser humano”. **En síntesis, para la Convención, la vida de una persona existe desde el momento en que ella es concebida o, lo que es lo mismo, que se es “persona” o “ser humano” desde el “momento de la concepción”, lo que ocurre con la fecundación del óvulo por el espermatozoide. A partir de esto último se tiene, entonces, según aquella, el “derecho... a que se respete (la) vida” de “toda persona” y, consecuentemente, existe la obligación de que se proteja ese derecho. Una interpretación distinta a la expuesta, ciertamente dejaría sin su sentido natural y obvio las expresiones “a partir de la concepción” que emplea el citado artículo 4.1 y especialmente, no le asignaría sujeto a esta última, y es de toda evidencia que de lo que se trata es de “la concepción” de “toda persona”. (El resaltado no corresponde al original)**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

La presente acción se presenta con fundamento en los artículos 7, 9, 11, 21, 28, 33, 48, 51, 53, 73, 74 y 124, de la Constitución Política, 2, 3, 5, 6 y 7 de la Convención de los Derechos del Niño (ratificada por Ley N° 7184), artículos 5.1, 6.1 y 24, párrafo 1° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificada por Ley N° 4229), 10, párrafos 1° y 3°, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 1.2, 3, 4.1, 5, 17, 19 y 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos (ratificada por Ley N° 4534), 25, párrafo 2°, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y artículo 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (ratificada por Ley N° 7615)

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

PRUEBA

- Decreto N° 39210-MP-S
- Acuerdo de la Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 3° de la sesión N° 8799 del 9 de septiembre de 2015, mediante el cual emitió el criterio institucional respecto del proyecto de decreto que se le había consultado.
- Acuerdo del Concejo Municipal tomado en la sesión ordinaria No. 266 del 04 de junio del 2015, artículo 4 en el que se acordó: a) Estar en contra de todo proyecto de ley que pretenda violentar, vulnerar o manipular el derecho constitucional y humano a la vida a través de la fertilización in vitro; b) Enviar una copia del acuerdo al Presidente de la República, Luis Guillermo Solís Rivera, a todas las fracciones políticas de la Asamblea Legislativa y a todas las municipalidades del país, para que conozcan el acuerdo y se manifiesten en contra de la fertilización in vitro. c) Solicitar que se le permita a la ciudadanía tilarense acceder al Primer Poder de la República y a cada comisión legislativa que discuta este tema, a través de nuestro Gobierno Local, con el fin de hacer oír la voz de este noble, pero decidido pueblo de Tilarán, en relación con los temas de protección y defensa de la vida y nuestra férrea posición contraria a toda manipulación y/o comercialización de la vida humana.

PETITORIA

Solicitamos que se le dé curso a la presente acción de inconstitucionalidad, se otorgue el plazo de ley a la Procuraduría General de la República y al Presidente de la República, al Ministerio de la Presidencia y al Ministerio de Salud, quienes figuran como contraparte en el recurso 15-13699 citado y a la Caja Costarricense del Seguro Social, por ser parte interesada en esta acción. Solicito se publique el edicto de ley.

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

En sentencia solicitamos que se declare con lugar esta acción y se anule el Decreto No. 39210-MP-S

NOTIFICACIONES

Las notificaciones las atenderemos al siguiente correo electrónico de uno de los abogados que autentica este escrito: allobe@ice.co.cr

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

NOMBRE	FIRMA	CÉDULA

Acción de inconstitucionalidad contra el Decreto N° 39210-MP-S

--	--	--